

Droit Constitutionnel de la reproduction humaine: l'état actuel du biodroit brésilien

Derecho Constitucional de la reproducción humana: el estado actual del bioderecho brasileño

Adriano Sant'Ana Pedra

Doctor en Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de São Paulo.
Profesor de Derecho Constitucional de
la Facultad de Direito Vitória

Recibido:05/09/2013

Aprobado :21/11/2013

adrianopedra@fdv.br

*«El lugar donde nacen los niños y mueren los hombres,
donde la libertad y el amor florecen,
no es una oficina ni un comercio ni una fábrica.
Ahí veo yo la importancia de la familia».*
Gilbert Keith Chesterton

ABSTRACT

La Constitución brasileña prescribe que la planificación familiar es una decisión libre del par y se basa en los principios de dignidad de la persona humana y de la paternidad responsable. Sin embargo, en Brasil, no hay una ley específica sobre la procreación médicamente asistida. Un problema jurídico que surge concierne la reproducción asistida post mortem, es decir, cuando hay un uso de material biológico criopreservado de una persona ya muerta. Otra cuestión jurídica y ética de la procreación médicamente asistida es el destino de los embriones sobrantes. Por último, el problema de la falta de ley en Brasil para determinar la paternidad o maternidad de un niño generados a través de este tipo de tecnología de reproducción asistida.

KEYWORDS

Planificación familiar, procreación asistida, bioderecho, los derechos reproductivos.

RESUMEN

La Constitución brasileña establece que la planificación familiar es una decisión libre de la pareja y se basa en los principios de la dignidad de la persona humana y la paternidad responsable. Sin embargo, en Brasil, no hay una ley específica sobre la procreación asistida médicamente. Un problema jurídico que se plantea se refiere a la reproducción asistida de post mortem, es decir, cuando hay un uso de material biológico criopreservado de una persona ya muerta. Otra cuestión jurídica y ética de la procreación médicamente asistida es el destino de los embriones sobrantes. Por último, el problema de la falta de ley en Brasil para determinar la paternidad o maternidad de un niño generados a través de este tipo de tecnología de reproducción asistida.

PALABRAS CLAVE

Planificación familiar, procreación asistida, bioderecho, Derechos reproductivos, Brasil.

INTRODUCTION

La Constitution brésilienne prescrit que la planification familiale est une décision libre du couple et se base sur les principes de dignité de la personne humaine et de la paternité responsable. Les droits reproductifs permettent au couple stérile de recevoir une assistance médicale pour procréer en fonction de sa planification familiale.

Cependant, la fertilisation *in vitro* n'est pas encore assurée par tout le Système Unique de Santé – SUS, le système public gratuit de santé au Brésil, principalement du à son coût élevé. En outre, la couverture des soins dans les cas de planification familiale n'est seulement devenue obligatoire que très récemment dans les régimes et assurances de soins de santé.

Au Brésil, il y n'a pas une loi spécifique sur la procréation médicalement assistée. Un problème juridique qui surgit concerne la reproduction assistée *post mortem*, c'est-à-dire lorsqu'il y a usage du matériel biologique cryoconservé de la personne déjà décédée. Un autre problème juridique et éthique de la procréation médicalement assistée est la destination des embryons excédentaires.

En outre, dans beaucoup de situations, le succès de la procréation dépendra de l'action d'une tierce personne pour aider le couple stérile. Cette tierce personne peut contribuer à travers le don de gamètes (spermatozoïdes ou ovules) ou d'embryons, ainsi qu'à travers le don temporaire de l'utérus pour une grossesse par substitution, dépendant de la cause de la stérilité. Au Brésil, après la reconnaissance de l'union stable homosexuelle comme entité familiale par le Cour Suprême Fédérale (ADIn n° 4.277 et ADPF n° 132; 2011), il y a eu une augmentation de demande de ce type de technique.

Il y a également le problème d'absence de loi au Brésil pour déterminer la paternité ou la maternité d'un enfant généré à travers de ce type de technique de reproduction assistée (don de gamètes, don d'embryons et gestation pour autrui).

Malgré le fait qu'il n'existe pas de loi au Brésil qui traite spécifiquement ces questions, on ne peut oublier la réalité existante. Ainsi, Il faut que ces questions soient traitées selon le biodroit constitutionnel.

1. OUVERTURE ET EXPANSION DE LA CONSTITUTION EN MATIERE DE REPRODUCTION HUMAINE

En raison de sa nature et fonction, les textes constitutionnels sont plus ouverts que ceux qui véhiculent les autres commandements juridiques. En ne réglementant plus certaines tâches consciemment, en optant pour une technique normative de normes ouvertes, la Constitution institue un instrument démocratique qui permet des confrontations politiques (Pedra, 2012: 135).

L'ouverture du système constitutionnel signifie l'incomplétude et la temporalité de la connaissance scientifique. Le juriste, comme tout scientifique, doit se préparer à mettre en cause le système élaboré jusqu'à présent, pour l'élargir ou le modifier sur base d'une meilleure considération. Avec cette intention, la texture ouverte du langage constitue un avantage car elle considère aussi bien la nécessité de certitude que la nécessité de laisser certaines questions ouvertes afin qu'elles soient appréciées au bon moment (Canaris, 1996:106).

Le juriste, comme tout scientifique, doit se préparer à mettre en cause le système élaboré jusqu'à présent, pour l'élargir ou le modifier sur base d'une meilleure considération. Avec cette intention, la texture ouverte du langage constitue un avantage car elle considère aussi bien la nécessité de certitude que la nécessité de laisser certaines questions ouvertes afin qu'elles soient appréciées au bon moment.

En outre, on peut vérifier que, due à la constitutionnalisation du Droit et de la expansion des normes constitutionnelles, il n'y a pas d'espace vide pour l'action du législateur infra-constitutionnel, car le sujet impliquant le Biodroit est déjà *pré-réglé* par la Constitution. La dignité de la personne humaine est le fondement de la République Fédérative du

Brésil (article 1, III, de la Constitution Fédérale) et la base de tout le système juridique (Pedra, 2008: 255–267.)

Le principe de la dignité de la personne humaine établit «la totalité des droits de l'homme positivés comme droits fondamentaux dans le système juridico–constitutionnel» (Bonavides, 2001 :101) et cette dignité signifie également la reconnaissance de l'individu «comme limite et fondement du domaine politique de la République» (Canotilho, 2002: 225)

Outre la prévision de la santé comme droit fondamental social (article 6), le texte constitutionnel brésilien établit également que la protection juridique de la santé s'effectue comme un devoir de l'État, en considérant que son article 196 établit que «la santé est un droit de tous et un devoir de l'État». En ce sens, la Constitution a également détaillé le Système Unique de Santé – SUS, le système public gratuit de santé au Brésil, comme moyen procédural pour accomplir ce droit fondamental constitutionnellement assuré (Pedra & Morales 2010/2011:155–173).

La Constitution brésilienne établit également la liberté de l'activité scientifique comme un droit fondamental (article 5, IX), mais cela ne signifie pas qu'elle est absolue, ni qu'elle n'a aucune limitation – comme cela se produit avec n'importe quel droit fondamental – car il y a «d'autres valeurs et biens juridiques reconnus constitutionnellement, comme la vie, l'intégrité physique et psychique, la vie privée, etc., qui pourraient être gravement affectés par le mauvais usage de la liberté de recherche scientifique» (Diniz, 2010:7)

La Constitution brésilienne assure l'inviolabilité du droit à la vie (article 5, *caput*). Tous les pays démocratiques assurent également ce droit, qui n'est pas absolu, mais différent par rapport aux moments au cours desquels cette vie (protégée) commence et se termine, ce qui engendre, par exemple, des discussions au sujet de l'avortement et de l'euthanasie.

L'article 4.1 du Pacte de *São José da Costa Rica* (Convention Américaine des Droits de l'Homme),

duquel le Brésil est signataire, prescrit que «toute personne a le droit au respect de sa vie; ce droit doit être protégé par la loi et, en général, dès le moment de la conception. Personne ne peut être arbitrairement privé de vie».

En plus du droit à la vie, plusieurs autres droits de l'homme sont prévus dans des traités internationaux signés par le Brésil. Il est donc indispensable d'analyser la hiérarchie normative que possède, au Brésil, un traité international sur les droits de l'homme.

Les problèmes bioéthiques ne sont pas des problèmes localisés qui appartiennent uniquement à une réalité juridico–politique déterminée. «Ce sont des problèmes de toute l'humanité» (Fabriz, 2003:346.) C'est pour cette raison que les traités internationaux sur le thème, en plus d'être signés par les États, doivent être pourvus de force normative capable de protéger les biens juridiques qui y sont énoncés.

La force juridique des textes du droit international de la bioéthique est assez faible. La Déclaration de l'Unesco, bien que reprise à son compte par l'Assemblée générale des Nations–unies, n'a pas la force juridique d'un traité. La Convention bioéthique du Conseil de l'Europe est un traité, mais il n'a pas été ratifié par la France. Quant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, bien que dotée d'une réelle influence, elle est, pour l'instant, dépourvue de force juridique. Ce n'est que sur le terrain de l'Union européenne que les normes juridiques, notamment les directives, relatives à la bioéthique, sont dotées d'une réelle force de contrainte juridique. On relèvera qu'il ne s'agit pas de textes concernant les droits fondamentaux, mais d'une harmonisation des pratiques. Indépendamment de la question relative à leur portée juridique, les textes ici pris en compte sont, le plus souvent, rédigés ou interprétés de telle manière qu'ils soient plus proclamatoires qu'impératifs. (Mathieu, 2005: 339–340)

La Constitution brésilienne absorbe les traités relatifs aux droits de l'homme en application de son article 5, §§ 2º e 3º.

L'article 5, § 2º, de la Constitution brésilienne prescrit que «les droits et garanties exprimées dans cette Constitution n'en excluent pas d'autres découlant du régime et des principes adoptés par elle, ou des traités internationaux desquels fait partie la République Fédérative du Brésil». Cette disposition constitutionnelle établit une clause d'ouverture, c'est-à-dire une possibilité d'incorporer, dans le droit constitutionnel brésilien, les droits de l'homme engagés par le Brésil dans l'ordre international.

Le législateur constitutionnel a désiré que, au cours du temps, des droits (droits de l'homme fondamentaux) non prévus originellement dans son texte soient incorporés à la Constitution. Le texte constitutionnel de 1988 a été le premier dans l'histoire brésilienne à faire cette remission aux traités internationaux des droits de l'homme.

Il y a quatre courants de pensée autour de la hiérarchie des traités de protection des droits de l'homme: (i) hiérarchie supra-constitutionnelle, (ii) hiérarchie constitutionnelle, (iii) hiérarchie supra-légale et infra-constitutionnelle et (iv) parité hiérarchique avec loi ordinaire. Malgré la divergence présentée par la doctrine, la Cour Suprême Fédérale brésilienne (*Supremo Tribunal Federal – STF*) attribuait aux traités internationaux en général – y compris ceux qui traitent des droits de l'homme – une position juridique équivalente à des lois ordinaires.

Le nouveau contexte international a fait en sorte que la Cour Suprême Fédérale brésilienne modifie son interprétation au sujet du *status* des traités internationaux sur les droits de l'homme (Pedra, 2013: 202). A la fin de 2008, la Cour Suprême Fédérale a altéré son interprétation et a commencé à considérer que les traités et conventions internationaux sur les droits de l'homme, auxquels le Brésil a adhéré, jouissent du rang de *norme supra-légale* (HC 87.585/TO, RE 349.703/RS et RE 466.343/SP.)

Cependant, la doctrine juridique brésilienne discorde de l'interprétation de la Cour Suprême Fédérale (*STF*), pour dire que les traités internationaux qui

traitent au sujet des droits de l'homme possèdent un rang de *norme constitutionnelle* (Piovesan, 1997:82–83).

Visant à solutionner cette divergence, le Congrès National brésilien, à travers l'Amendement Constitutionnel n. 45 de 2004, a réformé la Constitution pour ajouter le § 3º dans l'article 5, avec la teneur suivante: «Les traités et conventions internationaux sur les droits de l'homme qui ont été approuvés, dans chaque Chambre du Congrès National, en deux étapes, avec trois cinquième des votes des membres respectifs, seront équivalents aux amendements constitutionnels». Néanmoins, la discussion autour des traités internationaux des droits de l'homme reste d'actualité pour les traités qui ont été ratifiés avant la vigueur de cet Amendement.

Différente de l'interprétation de la Cour Suprême Fédérale (*Supremo Tribunal Federal – STF*), la Cour Supérieure de Justice (*Superior Tribunal de Justiça – STJ*) a décidé que, en application de l'article 5, § 3º, de la Constitution brésilienne:

la Convention continue en vigueur, cette fois avec force d'amendement constitutionnel. La règle qui émane de la disposition en question est claire dans le sens où les traités internationaux concernant les droits de l'homme desquels le Brésil fait partie doivent être assimilés par l'ordre juridique du pays comme normes de hiérarchie constitutionnelle; (...) le Pacte de *São José da Costa Rica* a été récupéré par la nouvelle disposition constitutionnelle (article 5, § 3º), laquelle possède une efficacité rétroactive. (*STJ*; Brésil. nº 18.799–RS J. Delgado)

Ainsi, malgré le fait qu'il y ait des divergences, il est possible de conclure que la Constitution brésilienne protège la vie humaine dès la conception (Garcia, 1998:73).

Il convient également de noter le rôle important que la juridiction constitutionnelle brésilienne joue dans la construction d'un droit constitutionnel de la reproduction humaine. Quelques exemples importants de décisions proférées par la Cour Suprême Fédérale (*STF*) peuvent être cités ici: (1)

ADIn n° 3.510, (*STF*; Brésil, A. Britto) qui a déclaré la constitutionnalité de l'article 5 de la Loi de Biosécurité, qui autorise l'utilisation de cellules souches embryonnaires dans des recherches ou thérapies en cas d'embryons inviables ou congelés depuis plus de trois ans; (2) ADPF n° 132 (*STF*; Brésil, A. Britto) et ADIn n° 4.277, (*STF*; Brésil, A. Britto) qui reconnaissent l'union stable de personnes du même sexe comme entité familiale; et (3) ADPF n° 54, (*STF*; Brésil, Marco A.) qui a déclaré qu'il est inconstitutionnel d'interpréter «l'interruption de grossesse» de fœtus anencéphale comme crime d'avortement prévu dans le Code Pénal brésilien.

2. PLANIFICATION FAMILIALE

La Constitution brésilienne prescrit que la planification familiale est une décision libre du couple et se base sur les principes de dignité de la personne humaine et de la paternité responsable. L'État doit fournir des ressources éducationnelles et scientifiques pour l'exercice de ce droit; toute forme de coercition de la part d'institutions officielles ou privées est interdite (article 226, § 7°).

Cette prescription est répétée par l'article 1.565, § 2°, du Code Civil. En outre, la Loi n° 9.263/1996 définit la planification familiale comme «un ensemble d'actions de régulation de la fécondité qui garantit des droits égaux de constitution, limitation et augmentation de la progéniture par la femme, par l'homme ou par le couple» (article 2).

De cette manière, la planification familiale implique différents aspects comme la décision du nombre d'enfants, l'intervalle entre les grossesses, le contrôle de la natalité ou de la fécondité. De tels droits reproductifs sont associés à un choix conscient du couple par rapport à la satisfaction des nécessités de la famille, y compris en ce qui concerne l'habitation, l'alimentation, l'éducation, le loisir, etc.

La planification familiale ne peut servir et ne peut être liée à la politique de contrôle démographique,

comme l'interdit expressément l'article 2, paragraphe unique, de la Loi n° 9.263/1996, mais reflète la liberté de décision de chaque couple quant au nombre d'enfants, ainsi qu'en ce qui concerne le développement physique et moral.

Malgré le fait que l'État ne puisse intervenir dans les décisions du couple, le marché présente une grande influence. En raison de l'augmentation de la participation de la femme dans le marché du travail, de l'appauvrissement des classes de travailleurs urbains, parmi d'autres, il y a eu une réduction de la croissance de la population mondiale en vertu de la diminution de la fécondité (Diniz, 2010:141.)

Cela n'a pas été différent au Brésil. La fécondité brésilienne a diminué de 6,16 enfants par femme, en 1940, à 1,9 enfants par femme, entre 2000 et 2010, selon les données de l'Institut Brésilien de Géographie et Statistique – IBGE.¹ Pour que la population continue de croître, le taux de remplacement doit être supérieur à 2,1, nombre qui représente 2 enfants qui substituent les parents et la fraction 0,1 est nécessaire pour compenser les personnes qui meurent avant d'atteindre l'âge de reproduction.

3. STÉRILISATION ARTIFICIELLE VOLONTAIRE

La stérilisation humaine artificielle consiste en l'acte d'employer des techniques chirurgicales ou non, que ça soit sur l'homme ou sur la femme, afin d'empêcher la fécondation (Diniz, 2010 :149).

Au Brésil, la Loi n° 9.263/1996 permet la stérilisation volontaire, avec finalité de planification familiale, sur des hommes et des femmes avec pleine capacité civile, âgés de plus de 25 ans ou qui ont au moins 2 enfants vivants (article 10, I). On doit respecter le délai minimum de soixante jours entre la manifestation de la volonté et l'acte chirurgical, période au cours de laquelle sera fourni à la personne intéressée l'accès au service de régulation de la fécondité, y compris le conseil par une équipe multidisciplinaire, visant à décourager la stérilisation précoce. La même loi

1 Disponible sur www.ibge.gov.br.

permet également la stérilisation volontaire en cas de risque de vie ou à la santé de la femme, causé par la grossesse, ou du futur fœtus (article 10, II).

La stérilisation chirurgicale comme méthode contraceptive peut uniquement être exécutée par la ligature des trompes, la vasectomie ou une autre méthode scientifiquement acceptée (article 10, § 4°, Loi n° 9.263/1996). La stérilisation par hystérectomie (ablation totale ou partielle de l'utérus et annexes) ou ovariectomie (ablation chirurgicale d'un ou des deux ovaires) étant interdite.

La Résolution CFM n° 1.901/2009 établit les normes éthiques pour la stérilisation chirurgicale masculine et, dans l'exposition des motifs², sont présentées des données de la Société Brésilienne d'Urologie qui soulignent que, dans 40% des couples, les femmes se sont fait ligaturer les trompes. Seulement 0,9% des hommes ont été soumis à la vasectomie.

En vigueur de la société conjugale, l'accord expresse des deux conjoints est nécessaire pour que la stérilisation soit réalisée (article 10, § 5°, Loi n° 9.263/1996); la possibilité de choix leur étant assurée, et devant être conscients des effets collatéraux possibles et des difficultés de réversion.

La stérilisation chirurgicale réalisée en désaccord de l'article 10 de la Loi n° 9.263/1996 est un crime caractérisé par l'article 15 de la même loi. L'induction ou l'incitation individuelle ou collective à la pratique de la stérilisation chirurgicale est également un crime (article 17), ainsi que d'exiger une attestation de stérilisation pour toute finalité (article 18).

4. LE DROIT A LA NAISSANCE ET LA QUESTION DE L'AVORTEMENT

Cela fait partie de la tradition brésilienne de reconnaître le droit à la vie depuis la conception, ce qui engendre l'interdiction d'avortement.³

Au Brésil, l'avortement est un crime, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un avortement *ovulaire* (pratiqué jusqu'à la 8ème semaine de grossesse), *embryonnaire* (jusqu'à la 15ème semaine de vie intra-utérine), ou *foetale* (après la 15ème semaine de grossesse) (Diniz, M. 2010: 31.) Le Code Pénal brésilien caractérise comme suit le crime d'avortement provoqué par la femme enceinte ou par une autre personne:

Art. 124 – Provoquer l'avortement à soi-même ou consentir à ce qu'une autre personne le provoque: Peine – détention, d'un à trois ans.

Art. 125 – Provoquer l'avortement, sans le consentement de la femme enceinte:

Peine – réclusion, de trois à dix ans.

Art. 126 – Provoquer l'avortement avec le consentement de la femme enceinte:

Peine – réclusion, de trois à quatre ans.

Paragraphe unique. La peine de l'article antérieur s'applique si la femme enceinte n'est pas âgée de plus de 14 ans ou est aliénée ou débile mentale, ou si le consentement est obtenu au moyen de fraude, grave menace ou violence.

Mais tout avortement n'est pas criminel au Brésil:

Art. 128 – N'est pas puni l'avortement pratiqué par un médecin:

I – s'il n'y a pas d'autre moyen de sauver la vie de la femme enceinte;

II – si la grossesse provient d'un viol et que l'avortement vient du consentement de la femme enceinte ou, lorsqu'elle est incapable, de son représentant légal.

Certains auteurs entendent qu'il n'y a pas crime dans ces deux hypothèses, car il y a exclusion d'antijuridicité provenant de l'état de nécessité ou de légitime défense. D'autres auteurs entendent qu'il y a crime, mais il n'y a pas punition. C'est-à-dire que, pour motif de politique criminelle, le

² Disponible sur: www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1901_2009.htm.

³ Il faut souligner que, malgré le fait que la contraception d'urgence (pilule du lendemain) soit éventuellement considérée abortive dans certains pays, au Brésil elle est licite et distribuée par le système public de santé (Système Unique de Santé – SUS), et il y a également des normes éthiques à ce sujet établies par la Résolution n° 1.811/2006, du Conseil Fédéral de Médecine – CFM (Disponible sur www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1811_2006.htm).

législateur a écarté le caractère punitif. Cependant, cela ne retirerait pas le caractère illicite du fait. Cette question est importante, parmi d'autres motifs, car il y aura des impacts dans d'autres domaines du droit, comme par exemple la possibilité de réaliser des avortements dans le système public de santé dans les hypothèses de l'article 128, I et II, du Code Pénal, en raison de leur caractère licites ou illicites.

Malgré le fait qu'il y ait des personnes en faveur de la décriminalisation de l'avortement au Brésil, il n'y a aucun mouvement politique fort en ce sens. Mais les arguments les plus utilisés pour la légalisation de l'avortement sont que «le Brésil compte presque 2 avortements clandestins par minute. On estime que 750 mille à 1,4 millions d'avortements clandestins ont été réalisés seulement en 2000» En outre, des milliers d'internements hospitaliers ont lieu en raison de curetage post-avortement, réalisé clandestinement et principalement aux femmes à faible revenu (Piovesan, 2007: 66–67.)

Le cas *Roe v. Wade* est une référence juridique importante en ce qui concerne l'avortement. Dans ce cas, la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique a décidé que l'avortement doit être permis à la femme jusqu'au moment où le fœtus devient «viable», c'est-à-dire devient potentiellement capable de vivre en dehors de l'utérus maternel.

Dans *Roe v. Wade*, le fœtus n'est pas défini comme une personne selon les termes du Quatorzième amendement, quel que soit son stade de développement fœtal. La création par le juge Blackmun d'un cadre trimestriel (divisant les neuf mois de grossesse en trois trimestres) a cependant donné à la Cour la possibilité de définir à quel moment l'État avait davantage intérêt à protéger la «vie potentielle» du fœtus qu'à défendre le droit constitutionnel (mais non absolu) des femmes à choisir l'avortement. Largement inspirée des connaissances médicales, l'argumentation de l'opinion majoritaire de *Roe v. Wade* à propos de la notion de viabilité du fœtus (moment à partir duquel le fœtus pouvait survivre en dehors du ventre de la mère) renvoyait en fait à un équilibre des droits des femmes et de ceux du fœtus en fonction de considérations scientifiques émises à l'époque. Ainsi,

à partir du moment de viabilité (fixé à 24 semaines de grossesse en 1973), l'intérêt de l'État à protéger la «vie potentielle» du fœtus passait avant le droit de la femme à disposer de son corps, et l'avortement pouvait être interdit (Merchant, 2003:72–73.)

Les libéraux se préoccupent plus de la vie d'une mère célibataire adolescente, par exemple, qui serait «détruite» par la maternité, plutôt que de la vie d'un fœtus récemment formé; car une grossesse indésirable limiterait ou frustrerait les attentes et conditions de vie de la femme. En outre, ils affirment que l'absence d'intérêt de la part des parents pour élever l'enfant porterait atteinte à la vie du futur enfant, et permettre qu'il vienne au monde serait la même chose que de le condamner à une vie de souffrance et difficile. Pour Ronald Dworkin, «l'idée que l'avortement soit un péché ou une iniquité car la vie humaine est sacrée est très différente de l'affirmation qui dit que c'est un péché ou une iniquité car un fœtus a le droit de vivre» (Dworkin, 2003:14).

Un débat récent au Brésil a impliqué la question d'interruption de grossesse en cas d'anencéphalie du fœtus, si cette conduite serait ou non caractérisée par le Code Pénal comme crime d'avortement. Ce qui est subjacent à ce débat est la protection juridique de la vie humaine:

Étant une malformation foetale, la survie extra-utérine est généralement de courte période de temps. Approximativement 75% des fœtus naissent morts et le reste, sauf rarissimes exceptions, décède lors de la période néonatale. Ainsi, malgré le fait que les anencéphales qui naissent en vie survivent généralement quelques heures ou jours après l'accouchement, il y a certains cas de survie pendant quelques mois (Lima, 2009: 78).

En 2012, la Cour Suprême Fédérale brésilienne (*Supremo Tribunal Federal – STF*) a jugé cette question impliquant l'avortement de fœtus anencéphale et a déclaré qu'il est inconstitutionnel d'interpréter «l'interruption de grossesse» du fœtus anencéphale comme étant une conduite caractérisée dans les articles 124, 126 e 128, I et II, du Code Pénal. (*STF*; Brésil, Marco A.)

Suite à ce jugement, le Conseil Fédéral de Médecine a édité la Résolution CFM n° 1.989/2012, disposant sur le diagnostique sans équivoque de l'anencéphalie pour que le médecin puisse réaliser, sur demande de la femme enceinte, et indépendamment de l'autorisation de l'État, «l'anticipation thérapeutique de l'accouchement».⁴

5. PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE

La procréation est une aspiration légitime de tout être humain. Les droits reproductifs permettent également au couple stérile de recevoir une assistance médicale pour procréer, en fonction de sa planification familiale.

La stérilité humaine est un problème de santé, avec des implications médicales et psychologiques et la connaissance scientifique permet déjà de solutionner différents cas de problèmes de reproduction humaine.

Cependant, la fertilisation *in vitro* n'est pas encore assurée par tout le Système Unique de Santé – SUS, le système public gratuit de santé au Brésil, principalement du à son coût élevé. Seulement quelques hôpitaux et centres de référence du SUS offrent ce service pour la population, ce qui génère une grande file d'attente pour recevoir les soins. Il doit également être souligné que la couverture des soins dans les cas de planification familiale n'est seulement devenue obligatoire que très récemment.⁵

Les techniques de reproduction assistée peuvent être utilisées afin d'aider au processus de procréation, à condition qu'il n'y ait pas de risque grave pour la santé du patient ou l'éventuel descendant et que l'âge maximum des candidates à la grossesse soit de cinquante ans. La Résolution CFM n° 2.013/2013 interdit également l'usage des techniques de reproduction assistée pour sélectionner le sexe (présence ou absence du chromosome Y) ou de quelconque autre caractéristique biologique du futur enfant, sauf pour la finalité d'éviter les maladies liées au sexe de l'enfant à naître.

La Résolution CFM n° 2.013/2013 recommande également que le nombre d'embryons à transférer chez la femme receveuse soit de maximum 2 embryons pour les femmes âgées de 35 ans maximum, de maximum 3 embryons pour les femmes âgées entre 36 et 39 ans, et jusque 4 embryons pour les femmes âgées entre 40 et 50 ans. En cas de don d'ovules ou d'embryons, c'est l'âge de la donneuse au moment de la collecte des ovules qui est pris en considération.

La Résolution CFM n° 2.013/2013 a été éditée après que la Cour Suprême Fédérale brésilienne (STF) ait reconnu l'union stable homosexuelle comme entité familiale, dans le jugement de l'*Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn* n° 4.27737 et de l'*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF* n° 13238. De cette manière, le Conseil Fédéral de Médecine admet l'usage des techniques de reproduction assistée dans l'hypothèse de relations homosexuelles, en plus de l'hypothèse des personnes célibataires, en respectant dans tous les cas le droit d'objection du médecin.

Un problème juridique qui surgit concerne la reproduction assistée *post mortem*, c'est-à-dire lorsqu'il y a usage du matériel biologique cryoconservé de la personne déjà décédée. La Résolution CFM n° 2.013/2013 admet cette possibilité lorsqu'il y a autorisation préalable spécifique de la personne décédée, et le Code Civil brésilien, dans l'article 1.597, III, établit la présomption que l'enfant provenant de fécondation homologue (faite avec les composantes génétiques originaires du couple) a été conçu pendant le mariage, même après le décès du mari de sa mère. Selon Maria Helena Diniz, on ne peut appliquer la présomption de paternité une fois que le mariage s'éteint avec la mort, «ni conférer des droits de successions à celui qui naît par insémination *post mortem*, puisqu'il n'était pas généré à l'occasion du décès de son père génétique (article 1.798 du Code Civil)» (Diniz, 2010: 576). En vérité,

4 Disponible sur: www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf.

5 En 2009, avec l'inclusion de l'article 35-C, III, dans la Loi n° 9.656/1998.

Il serait de bon sens que la loi stipule: [...] les effets qui découleraient pour les embryons congelés en cas de séparation judiciaire ou de divorce de ses parents (par exemple, si l'ex-femme pourrait utiliser les embryons générés avec son ex-mari, sans que celui-ci conteste la paternité de ceux-ci face à la disposition de l'article 1.597, IV),⁶ la mort ou l'incapacité survenant chez l'un ou chez les deux, le désaccord entre eux, le changement d'adresse sans informer la clinique du nouveau domicile, rendant impossible leur localisation pour la continuation du traitement ou encore leur abandon par les parents dans les cliniques ou la déclaration judiciaire d'absence de ceux-ci etc.; le caractère obligatoire du couple d'exprimer par écrit, au moment de la cryoconservation, sa volonté quant à la destination des embryons en cas de séparation, divorce, maladie grave ou décès d'un entre eux ou des deux. (Diniz, 2010: 528–529).

La destination des embryons excédentaires est un des grands problèmes juridiques et éthiques de la procréation médicalement assistée. Malgré le fait que certains auteurs défendent l'idée que «de tels embryons devront rester indéfiniment congelés pour une implantation ultérieure dans l'utérus de leur mère ou pour être cédés ou donnés à un autre couple» (Diniz, 2010:528)⁷, la Loi de Biosécurité (Loi n° 11.105/2005) autorise l'élimination d'embryons congelés depuis plus de *trois* ans (article 5, II) pour usage dans des recherches de cellules souches. Cependant, la Résolution CFM n° 2.013/2013 dit que les embryons cryoconservés depuis plus de *cinq* ans pourront être jetés, si cela est de la volonté des patients, et pas seulement pour des recherches de cellules souches, conformément à ce qui est prévu dans la Loi de Biosécurité. Cette autorisation du CFM a été le fruit de demandes des cliniques de fertilité de tout le Brésil, afin de procéder à l'élimination d'embryons congelés, dont certains depuis plus de vingt ans, en situation d'abandon. D'où la nécessité pour les patients

d'exprimer leur volonté par écrit, au moment de la cryoconservation, quant à la destination qui sera donnée aux embryons cryoconservés en cas, par exemple, de divorce, de maladies graves, de décès d'un des conjoints ou du couple, ainsi qu'au sujet du désir d'en faire le don.

6. DON DE GAMETES, DON D'EMBRYONS ET GESTATION POUR AUTRUI: UN NOUVEAU CONCEPT DE MATERNITE ET DE PATERNITE ?

Dans beaucoup de situations, le succès de la procréation dépendra de l'action d'une tierce personne pour aider le couple stérile. Cette tierce personne peut contribuer à travers le don de gamètes (spermatozoïdes ou ovules) ou d'embryons, ainsi qu'à travers le don temporaire de l'utérus pour une grossesse par substitution, dépendant de la cause de la stérilité.

Ainsi, à la place de la *fécondation homologue*, qui est réalisée avec les composantes génétiques provenant du couple, il y aura une *fécondation hétérologue*, c'est-à-dire avec le matériel génétique d'une tierce personne (spermatozoïde, ovule ou les deux) et l'embryon généré pourra être implanté dans l'utérus de la femme qui fait partie du couple ou dans l'utérus d'une autre femme. Au Brésil, après la reconnaissance de l'union stable homosexuelle comme entité familiale par le Cour Suprême Fédérale (STF) (ADIn n° 4.277 et ADPF n° 132), il y a eu une augmentation de demande de ce type de technique de reproduction assistée, au vu des particularités du couple homosexuel.

Ouvrir la procréation aux couples homosexuels dans le cadre d'une égalité en droit totale implique de leur permettre comme à tout un chacun la transmission de leurs patrimoines génétiques, ce qui oblige à accepter le clonage reproductif et les mères porteuses. (Hermitte, 2007:278).

6 *In verbis*: "Art. 1.597. Sont présumés conçus durant le mariage les enfants : [...] IV – nés, à tout moment, quand il s'agit d'embryons excédentaires, provenant de la conception artificielle homologue".

7 L'auteur affirme qu' "il y a des cliniques qui implant des embryons durant la période menstruelle de la femme pour qu'il y ait un rejet naturel. Mais cela ne constituerait pas une forme camouflée d'avortement?"

La Resolución CFM n° 2.013/2013⁸ établit que le don de gamètes ou d'embryons ne peut avoir de caractère lucratif ou commercial, malgré le fait qu'il soit permis que la donneuse ou la receveuse, toutes deux avec des problèmes de reproduction, partagent tant le matériel biologique que les coûts financiers du traitement médical. Les donneurs sont choisis par la clinique de reproduction assistée, avec un âge de maximum 35 ans pour les femmes et 50 ans pour les hommes, de telle manière à permettre une plus grande similarité phénotypique et immunologique et la possibilité maximale de compatibilité avec la receveuse. Les donneurs ne peuvent savoir l'identité des receveurs et vice versa, mais il doit y avoir un contrôle de la clinique de manière à éviter qu'un donneur ou une donneuse ne produise pas plus de deux grossesses d'enfants de sexes différents dans une zone d'un million d'habitants.

Il faut dire qu'au Brésil, une telle règle d'anonymat ne figure dans aucune loi, mais uniquement dans des actes infra-légaux, comme la Résolution du Conseil Fédéral de Médecine antérieurement mentionnée.

Pour cela, quelques auteurs entendent que l'enfant a le droit de connaître l'identité de la personne qui a donné le matériel génétique pour sa conception.

Rien n'empêche que l'enfant conçu artificiellement, à condition qu'il le veuille, soumette le père biologique, le donneur de gamètes, à une action d'investigation de paternité. Les raisons pour cela sont au nombre de deux. [...] La connaissance de l'ascendance biologique est un droit fondamental de l'homme, fondement indisponible de l'institution familiale (Silva, 2001:86).

Il faut néanmoins distinguer l'hypothèse dans laquelle il y a une action judiciaire qui vise simplement à connaître l'identité de la personne qui a donné son matériel génétique, de l'autre hypothèse dans laquelle on vise à ce que cette personne donneuse devienne le père ou la mère de l'enfant généré à travers une fécondation hétérologue.

Dans la première hypothèse, il y a seulement la nécessité pour l'enfant de connaître son ascendance

génétique, que cela soit afin de rechercher des maladies héréditaires ou pour des raisons personnelles.

Dans l'insémination artificielle hétérologue, les problèmes juridiques et moraux seront plus importants, tels que [...] la négation à l'enfant au droit à l'identité génétique, car le donneur restera inconnu: uniquement l'équipe médicale connaît la provenance du matériel génétique fertilisant, en raison du secret professionnel (Diniz, 2010 :582).

Cependant, dans la mesure où la médecine et la génétique avancent, ce problème diminue car il sera toujours de plus en plus possible de tracer en détails la carte génétique d'une personne, que ça soit à travers de l'examen caryotype ou d'un autre plus approfondi. Il n'y aura pas besoin de savoir si quelqu'un de la famille a une maladie cardiaque, du diabète ou de l'hémophilie, par exemple, pour prévenir cela.

De plus, il convient de souligner que les gènes de l'enfant généré, qui déterminent ses caractéristiques, viennent de ses géniteurs mais, en vérité, proviennent d'un grand mélange de gènes de toute l'humanité. C'est-à-dire que, malgré qu'il soit possible de détecter à partir de quel homme ou femme un enfant a été généré, chacun de ses gènes est également rencontré dans d'autres êtres humains.

En outre, il y a des facteurs épigénétiques⁴⁹ (au-delà de la génétique) qui déterminent quels gènes seront activés et ceux qui ne le seront pas. Il faut savoir qu'il y a une grande influence de l'environnement dans la détermination de comment sera exprimé le code génétique. Ainsi, l'utérus maternel n'est pas simplement un incubateur mais est également déterminant pour former les caractéristiques de l'enfant généré. (Feigenberg, Choufain, Butcher, Roifman y Weksberg. 2013 : 607-615).

La seconde hypothèse, dans laquelle on vise à attribuer au donneur ou à la donneuse la paternité ou la maternité d'un enfant généré à travers une

8 Disponible sur www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf.

fécondation hétérologue, rencontre également le problème d'absence de loi au Brésil.

Les législations à ce sujet divergent: le Code Civil bulgare (article 31), la Loi Espagnole n°14/2006 (article 10.2) et le Code Civil suisse (article 251,1) entendent que la mère est celle qui a donné la vie, car la filiation des enfants nés par grossesse de substitution doit être déterminée par l'accouchement; le 1877 *Act d'Illinois* (EUA) requière la remise de l'enfant à la donneuse d'ovule; le Code Civil du Portugal (article 1.796) considère que l'enfant sera du couple demandeur, et la législation suédoise requière que le couple qui a idéalisé la fertilisation *in vitro* adopte le bébé. [...] Nous jugeons que législateur devra opter pour la prévalence de la présomption de paternité et de maternité en faveur du couple qui a idéalisé la naissance; l'enfant, aux yeux de la loi, sera à lui, même si le matériel génétique ne lui appartient pas, peu importe qu'il ait été généré ou non dans l'utérus de l'épouse ou si elle a fourni l'ovule, fécondé par le sperme du mari ou d'une tierce personne et grandi dans le ventre d'une autre femme. L'enfant devra donc être celui de ceux qui ont décidé et voulu sa naissance, étant donné que la volonté de procréation leur appartient. (Diniz, 2010 :593).

Malgré le fait qu'il n'existe pas de loi au Brésil qui traite spécifiquement cette question, on ne peut oublier la réalité existante. De cette manière, pour la détermination de la paternité et de la maternité, l'*animus* présent dans la reproduction assistée doit être analysé pour conclure que l'enfant devra être celui de ceux qui ont désiré sa naissance.

Un tel raisonnement s'applique également à la grossesse de substitution, ou gestation pour autrui, qui concerne le don temporaire de l'utérus.

Au Brésil, il n'y a pas de loi expresse sur le thème de la grossesse de substitution, qui est uniquement traitée dans une Résolution du Conseil Fédéral de Médecine⁵¹. La Résolution CFM n° 2.013/2013 permet l'usage de techniques de production assistée pour favoriser la grossesse de substitution uniquement lorsqu'il existe «un problème médical qui empêche ou contre-indique la grossesse

de la donneuse génétique ou en cas d'union homosexuelle» (Lima, F. 2001: 140). La Résolution CFM n° 2.013/2013 permet l'usage de techniques de production assistée pour favoriser la grossesse de substitution uniquement lorsqu'il existe «un problème médical qui empêche ou contre-indique la grossesse de la donneuse génétique ou en cas d'union homosexuelle».⁹

Les donneuses temporaires d'utérus – mères porteuses – doivent être âgées de 50 ans maximum et appartenir à la famille d'une des personnes du couple, jusqu'au quatrième degré de parenté consanguin (mère, soeur, grand-mère, tante ou cousine), étant interdit tout caractère lucratif ou commercial. La mère porteuse devra être accompagnée psychologiquement et, si elle est mariée ou vit en union stable, elle devra obtenir l'approbation du mari ou du compagnon.

La Résolution exige également un contrat entre les parents génétiques et la donneuse temporaire d'utérus, établissant clairement la question de la filiation de l'enfant pour garantir son enregistrement civil par les parents génétiques. «Au Brésil, le pacte de grossesse [de substitution] n'est pas contraire à la morale et des bonnes moeurs lorsqu'il est fait de manière gratuite et afin de solutionner les problèmes de stérilité de la femme porteuse du matériel génétique». (Lima, 2001: 140.) Cependant, tout contrat de grossesse avec compensation financière ne sera d'aucune validité, en raison du caractère illicite de son objet. (Lima, 2001: 132.)

Mais le problème est que

La législation brésilienne déclare que la mère est celle qui donne la vie, conformément à ce que l'on peut conclure de l'article 10, II, du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent, quand il dit que les établissements d'attention à la femme enceinte doivent relever les empreintes digitales de la mère et du nouveau-né, tout comme le Code Pénal dit être un crime de déclarer comme son accouchement celui d'une autre; il n'y a aucun doute que le pacte de grossesse n'a pas le pouvoir de transformer la femme génétique non-enceinte en mère (Lima, 2001 :140–141).

9 Disponible sur www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf.

Selon ce raisonnement, la mère serait celle qui a donné la vie. Ainsi, la «mère génétique» ne pourrait se prévaloir du contrat¹⁰ (Lima, 2001:144.) pour obliger la «mère porteuse» engagée pour lui remettre l'enfant, car cela traiterait l'enfant comme un objet, ce qui serait illicite. Il faut que la femme enceinte remette volontairement l'enfant au couple demandeur qui a généré l'embryon.

Au Brésil, ce problème est réduit avec l'exigence, par la Résolution CFM n° 2.013/2013, que la femme enceinte appartienne à la famille d'une des personnes du couple.

CONCLUSIONS

La complexité des relations sociales et des situations provenant de la reproduction humaine, résultant spécialement de l'avancée de la technologie au cours des dernières années, exige des réponses éthiques pour le Droit. La bioéthique définira les possibilités et les limites de la science dans ces domaines, sous une perspective de la philosophie morale, des valeurs de chaque société et de toute l'humanité.

D'où la nécessité d'imposition de limites à la science, (Garcia, 2004: 211) en reconnaissant que le respect de l'être humain est seulement atteint si nous observons la dignité humaine (Pedra, 2007: 7–24). La science doit être au service de l'être humain pour que sa vie soit de plus en plus digne d'être vécue (Pedra, 2011: 67–74).

On ne peut oublier que le Droit existe en fonction de la personne et pour favoriser son développement. D'où l'impératif pratique posé par Immanuel Kant: «Agis de façon telle que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans toute autre, toujours en même temps comme fin, et jamais simplement comme moyen» (2002: 105).

La réglementation du Droit cherche le bien-être social pour ce domaine et reconnaît les valeurs

dominantes dans la société, ce qui apporte de la sécurité juridique et établit les normes pour les pratiques sociales, car l'homme a besoin de limites pour gérer sa propre liberté.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Bonavides, P. (2001). Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros.
- Canaris, C. (1996). Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2ème édition. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- Canotilho, J. (2002). Direito constitucional e teoria da constituição. 5ème édition. Coimbra: Almedina
- Diniz, M. (2010). O estado atual do biodireito. 7ème édition. São Paulo: Saraiva.
- Dworkin, R. (2003). Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes
- Fabriz, D. (2003). Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos
- Feigenberg, M. Choufain, S. Butcher, D. Roifman, M. & Weksberg, R. (2013). Basic concepts of epigenetics. Fertility and Sterility.
- Garcia, M. (1998). A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*.
- Garcia, M. (2004). Limites da ciência – a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade. São Paulo: RT.
- Hermitte, M. (2007). De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental. *Natures Sciences Sociétés*.
- Kant, I. (2002). Fundamentos da metafísica dos costumes. São Paulo: Martin Claret.

¹⁰ "En tenant compte de la disposition de l'article 392 du CCB et de l'article 24 de l'ECA, la femme enceinte, qui est la mère selon la législation, comme nous l'avons vu, ne peut renoncer à ses droits parentaux par un simple contrat, étant donné qu'uniquement dans des hypothèses très spéciales, avec ordonnance judiciaire, son extinction peut se produire".

- Lima, Carolina Alves de Souza. (2009) Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá.
- Lima, N. Vieira, F. (2001). A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo
- Bertrand, M. (2005). L'incidence des normes internationales sur le droit national en matière de bioéthique: entre influence et incantation. *Opinião Jurídica*. Fortaleza
- Merchant, J. (2003). Féminismes américains et reproductive rights/droits de la procréation. Le Mouvement Social.
- Pedra, A. (2013). Droit constitutionnel du vivant: l'état actuel du biodroit constitutionnel brésilien. Rapport présenté au colloque «Droit constitutionnel du vivant», organisé par l'Institut Maurice Hauriou de l'Université Toulouse 1 Capitole, à Toulouse France
- Pedra, A. (2011). Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2012.
- Pedra, A. (2011). ¿Qué el bioderecho constitucional tiene para decir sobre la donación de órganos de anencéfalos? Derecho y Salud.
- Pedra, A. (2007). Transplante de órgãos e o biodireito constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política)*.
- Pedra, A. 2008). Transplantes de órgãos de anencéfalos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v.
- Pedra, A. Moraes, D. (2010–2011). A criação de microrregiões como critério preponderante na fila única de transplante de órgãos: uma proposta de participação popular por aproximação. *Revista de Direito Sanitário (Journal of Health Law)*, São Paulo.
- Piovesan, F. (1997). Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 3ème édition. São Paulo: Max Limonad.
- Piovesan, F. (2007). Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: Sarmento, Daniel; Piovesan, Flávia (coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris
- Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). (2001). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo.
- Silva, R. (2001). O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo.